# Vereinbarungsdarlehn und Erbenhaftung.

---

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

**Emil Windel**
Gerichtsassessor in Hannover.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

**Hannover 1914.**
Wilh. Jürgens Buchdruckerei.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548110_0090

Dem Andenken meines verstorbenen Vaters
und meiner lieben Mutter.

# Anordnung.

Einleitung.

§ 1. Feststellung des Themas. Stand der Wissenschaft über das Vereinbarungsdarlehn.

Erster Abschnitt: Die rechtliche Bedeutung des Vereinbarungsdarlehns.

§ 2. I. Durch die Aufnahme der Vereinbarung in den Abs. 2 des § 607 B.G.B. hat ihr eine bestimmte materiell rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden sollen.

§ 3. II. Bei Feststellung ihres Sinnes ist vielmehr von dem Parteiwillen auszugehen. Die sich hiernach ergebenden Möglichkeiten, ihre Wirkungen und ihre rechtliche Konstruktion.

§ 4. 1. Die Abrede in der Bedeutung eines bloßen Abänderungsvertrages der alten Schuld.

§ 5. 2. Die Abrede in der Bedeutung, eine wirkliche Darlehnsschuld zu schaffen.

§ 6. 3. Die Abrede in der Bedeutung eines selbständigen Schuldanerkenntnisses.

Zweiter Abschnitt:

§ 7. Haftet ein Erbe aus der Vereinbarung im Falle der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses persönlich?

§ 8. I. In der Bedeutung zu II. 1 und 2 des ersten Abschnittes kann aus der Abrede eine persönliche Schuld des Erben nicht entstanden sein.

II. In der Bedeutung zu II. 3 des ersten Abschnittes kann dies dagegen möglicherweise der Fall sein.

§ 9. 1. Der Fall, daß die Abrede als selbständiges Schuldanerkenntnis einen Verzicht des Erben auf die Einrede seiner beschränkten Erbenhaftung enthält.

§ 10. 2. Der Fall, daß das Anerkenntnis keinen Verzicht des Erben auf die Einrede der beschränkten Erbenhaftung enthält. Können durch Rechtsgeschäfte des Erben reine Nachlaßverbindlichkeiten geschaffen werden.?

§ 11. a) Stand der Ansichten.

§ 12. b) Die zutreffende Ansicht.

Dritter Abschnitt: Welche Bedeutung ist der Abrede im Zweifel zuzusprechen?

§ 13. I. Stand der Ansichten.

§ 14. II. Die zutreffende Ansicht.

# Literatur-Verzeichnis.


Achilles: Bürgerliches Gesetzbuch, Auflage 7, 1912, Berlin, Guttentag.

Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Auflage 3, 1894, Leipzig, Wigands Verlag.

Binder: Die Rechtstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2, 1903, Leipzig, Deichert,sche Verlagsbuchhandlung.

Borcherdt: Archiv für zivilistische Praxis, Band 94.

Clausen: Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 364, Abs. 2 und 607, Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung der Novationslehre, Erlangen 1908.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Bürgerliches Recht, Band 2, Abt. 2, 1/2. Auflage 1901, Bd. 5, Aufl. 3, 1911, Halle a. d. S., Verlag des Waisenhauses.

Eccius: In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 47, 51 und 52.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Abt. 1 und 2, Auflage 6—8, Marburg 1912, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.

Entscheidungen des Reichsgerichts Zivilsachen in:

a) Bd. 62, 72,
b) Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 51,
c) Recht 1906/1907 und
d) Juristische Wochenschrift 1906, 1909, 1911.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung Band 1, 3./4. Auflage 1907, Berlin, Guttentag.

Jhering: in seinen Jahrbüchesn Bd. II.

Kipp: In Enneccerus Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, Abteilung 3, 6.—8. Auflage, Marburg 1912, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.

Klemperer: in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 43.

Commentar; von Reichsgerichtsräten Bd. 1—3, Aufl. 2, 1913, Berlin, Guttentag.

Kretzschmar; Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1910, Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung.

Leonhardt; Erbrecht, Auflage 2, Berlin 1912, Karl Heymanns Verlag.

Martin; Die Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden, Marburg 1903, Ellwert'sche Verlagsbuchhandlung.

Motive; zum Entwurf I eines B.G.B., Bd. 1 und 2.

Neumann; Jahrbuch des Deutschen Rechts, Jahrgang 11, Berlin 1912, Franz Vahlen.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Auflage, Berlin 1910, Karl Heymanns Verlag.

Planck: Bürgerlichs Gesetzbuch, Band 2, 5, Auflage 3, Berlin 1907, Guttentag.

Recht; 1904.

Rechtsprechung: der Oberlandesgerichte, Mugdan-Falkmann, Band 12.

Rümelin; im Archiv für zivilistische Praxis, Band 97.

Scheye; in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 52.

Simeon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Band 1, 1. und 2. Hälfte, Berlin 1912, Karl Heymanns Verlag.

Staudinger; Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Abteilung 1 und 2, 7./8. Auflage, 1912, Band 5, 3./4. Auflage, 1909, München-Berlin, Schweizers Verlag.

Strohal; Das Deutsche Erbrecht, Band 2, Auflage 3, Berlin 1909.

Welsch: Die Novation unter besonderer Berücksichtigung des neueren Deutschen Zivilrechts, Straubung, 1907.

Windscheid; Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II, Auflage 6, Frankfurt 1887.

# Einleitung.

**Feststellung des Themas. Stand der Wissenschaft über das Vereinbarungsdarlehen.**

§ 1.

Häufig ist im Leben die Vereinbarung, daß eine Schuld über Geld oder sonstige vertretbare Sachen für die Zukunft als Darlehn geschuldet werden soll. Welches ist der Sinn einer solchen Abrede? Wird insbesondere durch sie ein Erbe, der eine solche Vereinbarung mit einem Nachlaßgläubiger trifft, persönlich verpflichtet, oder bleibt die Schuld eine reine Nachlaßschuld, so daß sich der Gläubiger im Falle der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses nur an den Nachlaßverwalter oder den Konkursverwalter halten kann?

Die Erörterung der Bedeutung der getroffenen Abrede deckt sich mit der Klarlegung des Sinnes der gleichlautenden Bestimmung im Absatz 2 des § 607 B.G.B., laut welcher ein Schuldner mit seinem Gläubiger vereinbaren kann, daß Geld oder andere vertretbare Sachen, die aus einem anderen Grunde geschuldet werden, als Darlehn geschuldet werden sollen.

Über die Bedeutung einer solchen Abrede, die in der Wissenschaft den technischen Ausdruck Vereinbarungsdarlehn[1]) erhalten hat, kann mannigfacher Zweifel obwalten. In der Tat herrschte bereits im Römischen Recht, weiterhin im Gemeinen und Preußischen Recht in Wissenschaft und Praxis über ihren Sinn und ihre Tragweite Meinungsverschiedenheit[2]), die auch unter der Herrschaft des B.G.B. nicht geschwunden ist.

---

# Erster Abschnitt.

## Die rechtliche Bedeutung des Vereinbarungsdarlehns.

### I. Durch die Aufnahme der Vereinbarung in den Abs. 2 des § 607 B.G.B. hat ihr eine bestimmte materiell rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden sollen.

§ 2.

Für die Feststellung des Sinnes der Abrede im heutigen Recht gibt uns die Entstehungsgeschichte des B.G.B. keine Fingerzeige. Die Motive teilen uns in Band II, S. 312 zu § 454 nur den Anlaß mit, aus dem die Abrede als besondere Bestimmung in das Gesetzbuch aufgenommen worden ist. Durch sie

---

[1]) Staudinger, Bd. II, T. II, A. VII zu 607, S. 1048.

[2]) Klemperer, S. 571, 573 ff. Bähr, S. 207 u. 210. Oertmann, S. 655.

sollte nämlich der Gläubiger, welcher auf Grund einer solchen Vereinbarung mit der Darlehnsklage auftritt, gegen den Einwand geschützt werden, es liege ein begriffsmäßiges Darlehen nicht vor, die Darlehnsklage sei daher unrichtig gestellt und infolgedessen abzuweisen. Über die materiell rechtliche Bedeutung dieser Abrede gingen auch damals die Ansichten nach wie vor auseinander. Nach den in den Protokollen[1]) der zweiten Kommission mitgeteilten Ansichten wollte die eine Meinung in der Abrede im wesentlichen ein abstraktes Schuldversprechen, also einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund sehen, während eine andere Richtung ausführte, daß die Vereinbarung je nach der besonderen Sachlage eine verschiedene Bedeutung haben könne.

Demgemäß hat durch die Aufnahme des § 607 Absatz *2* der Abrede nicht eine bestimmte Bedeutung beigelegt werden sollen, etwa dahingehend, daß durch sie in jedem Falle oder doch im Zweifel, also als sogenannte Dispositivvorschrift, ein wirkliches Darlehn geschaffen werden oder sie kraft Gesetzes einen selbständigen Verpflichtungsgrund bilden solle. Aus ihrer Aufnahme in das Gesetzbuch ist vielmehr, insbesondere mit Rücksicht auf den in den Motiven angegebenen Anlaß nur der Schluß gestattet, daß, wenn die Parteien mit der Abrede ein

---

[1]) Bd. III, S. 1690 ff.

wirkliches Darlehn gewollt haben, die alte Schuld dementsprechend nach dem B.G.B. als wirkliches Darlehn gelten, und die Vereinbarung zusammen mit dem Bestande der alten Schuld die Grundlage für eine Darlehnsklage abgeben soll, also ein Zurückgreifen des Gläubigers auf die alte Schuld keine Klagänderung, sondern nur eine Klagbesserung bildet.[2])

Legt man der Aufnahme der Bestimmung in das B.G.B. diese Bedeutung bei, so erfüllt sie den Zweck, um dessentwillen sie gegeben ist. Eine andere ihr eigentümliche Bedeutung läßt sich für sie nicht feststellen. Denn alle rechtlichen Wirkungen, die sich, wie unten auszuführen ist, sonst noch an die Abrede knüpfen können, lassen sich bereits aus anderen Bestimmungen des B.G.B. ableiten, sei es aus dem allgemeinen Grundsatze der Vertragsfreiheit für schuldrechtliche Verhältnisse, sei es aus den besonderen Vorschriften der §§ 364, Abs. 2, 780 ff., so daß, wenn man die angegebene Bedeutung als die ihr eigentümliche nicht ansehen wollte, ihre Aufnahme in § 607 Abs. 2 B.G.B. in der Tat, wie Oertmann und Clausen ausführen, überflüssig gewesen wäre.[3]) Dies Ergebnis wird aber, wie nicht zweifelhaft sein kann, der sorgsamen Ausarbeitung des B.G.B. nicht gerecht.

[2]) Vgl. Oertmann S. 655 Anm. 2 ββ zu § 607. Klemperer S. 571. Clausen S. 27, 28. Achilles A. 3 zu § 607, S. 277.

[3]) Oertmann, S. 656, 2b ββ zu § 607.

§ 3.

**II. Bei Feststellung ihres Sinnes ist vielmehr von dem Parteiwillen auszugehen. Die sich hiernach ergebenden Möglichkeiten, ihre Wirkungen und ihre rechtliche Konstruktion.**

Die Bedeutung, die der Aufnahme der Abrede als besondere Bestimmung in den § 607 Abs. 2 B.G.B. beizulegen ist, besagt demnach nichts darüber, welchen materiell rechtlichen Inhalt sie im einzelnen Fall hat. Um dies klarzustellen, ist von dem mit ihrer Vereinbarung verfolgten und in der Erklärung niedergelegten Willen der Parteien auszugehen. Denn aus ihm entnimmt sie, wie jede rechtsgeschäftliche Vereinbarung, ihre rechtliche Kraft. Soweit der Wille der Parteien nicht reicht, ist eine rechtliche Wirkung der Abrede unmöglich, da das B.G.B. ihr, wie ausgeführt, durch § 607 Abs. 2 eine besondere, vom Willen der Parteien unabhängige, allein auf dem Gesetz beruhende materiell rechtliche Wirkung nicht gibt. Dementsprechend herrscht in Theorie und Praxis sowohl des neuen wie auch der alten Rechte darüber Einigkeit, daß der Wille der Parteien für die Wirkung der Abrede ausschlaggebend ist.[1]) Auch ist man im Gegensatz zu der von Bähr für das Gemeine Recht vertretenen

[1]) Vgl. Oertmann, S. 655 Anm. 2b zu § 607. Staudinger Bd. II, Teil 2, Anm. 7c zu § 607. Planck Bd. II, Anm. 7 zu § 607. Martin, S. 22, 32. Clausen, S. 28. Welsch, S. 55. Neumann Jahrbuch, Jahrg. 10, S. 194 IV. Simeon Bd. I, 1. Hälfte, S. 418.

Ansicht darüber einig, daß der Wille der Parteien ein mehrfacher sein kann, entsprechend den verschiedenen Zwecken, die mit der Vereinbarung der Abrede von den Parteien erfahrungsgemäß gewollt sein können.

Soweit daher die besonderen Umstände des einzelnen Falles eine bestimmte, mit der Vereinbarung bezweckte Absicht der Parteien nicht erkennen lassen, können damit folgende Fälle gewollt sein. Bei ihrer Darstellung ist zugleich bei jedem seine Wirkung und rechtliche Konstruktion anzugeben.

## § 4.

### 1. Die Abrede in der Bedeutung eines bloßen Abänderungsvertrages der alten Schuld.

Bei der Darstellung der sich ergebenden Möglichkeiten lassen sich, wie vielfach auch in der Literatur angenommen wird, 3 Fälle unterscheiden.[1]) Zunächst kann bei dem Abschluß eines Vereinbarungsdarlehns der Wille der Parteien nur dahin gegangen sein, eine bloße Vereinbarung über Stundung, Kündigung, Verzinsung oder sonstige Nebenpunkte der alten Schuld zu treffen.[2]) Die alte, bereits fällige

[1]) Vgl. Kommentar von R. G. Bd. I, Anm. 6 zu § 607. Staudinger Bd. II, Teil 2, Anm. 7c zu § 607. Martin S. 1. Clausen, S. 29.

[2]) Vgl. Klemperer, S. 578. Staudinger, Bd. II, Teil 2, Anm. 7c α zu § 607. Planck, Bd. II, Anm. 7 zu § 607. Kommentar von R. G. Bd. I, Anm. 6a zu § 607. Oertmann, S. 655, Anm. 2b α. Insbesondere Martin, S. 34 ff. Ennecerus Bd. I, Abt. 2, S. 398

Schuld soll z. B. nach der Absicht der Parteien dem Schuldner weiterhin gestundet werden, aber natürlich nicht ins Ungewisse, sondern mit Kündigungsbefugnis wie beim Darlehn; oder es soll der Schuldner nunmehr seine Schuld, was zwar nach dem B.G.B. nicht ohne weiteres erforderlich ist, aber im Geschäftsverkehr regelmäßig zutrifft, nach dem für Darlehn üblichen Zinsfuße verzinsen. Die Parteien wollen also, daß nunmehr die alte Schuld nach Art eines Darlehns geschuldet werde. In diesem Falle stellt somit die Abrede nichts weiteres dar als eine vertragliche „Abänderung" der alten Schuld. Die Schuld bleibt die gleiche wie vorher, sie hat unbeschadet ihrer Identität nur Abänderungen in Nebenpunkten erfahren. Die Parteien denken nicht daran, einen neuen Schuldgrund an ihre Stelle zu setzen, insbesondere auch nicht, ein wirkliches Darlehn zu schaffen. Demgemäß ist auch in ihr für diesen Fall ein Verzicht des Schuldners auf Geltendmachung seiner nur beschränkten Erbenhaftung nicht zu erblicken. Die Parteien haben sich der Abrede offensichtlich nur aus dem Grunde bedient, weil sich damit ohne weitläufige Bestimmungen die von ihnen gewünschte weitere Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen treffend und kurz ausdrücken ließ. Die Vorschriften über das Darlehn sind eben die praktischste Form, unter der Credit gewährt werden kann.

Die rechtliche Wirkung der Abrede in dem an-

gegebenen Sinne ist die, daß die betreffende Schuld nunmehr nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werden soll.[3]) Dies bedeutet, daß Fälligkeit, Kündigungsfristen, Verzinsung nach den Vorschriften über das Darlehn zu beurteilen sind. Nicht ist die Schuld aber in diesem Falle etwa eine wirkliche Darlehnsschuld, nämlich eine streng einseitige Verpflichtung im technischen Sinne geworden, welcher eine Verpflichtung der Gegenseite begrifflich nicht gegenüber stehen kann, wie z. B. von Kober und Martin angenommen wird.[4]) Die alte Schuld hat vielmehr ihren früheren rechtlichen Charakter z. B. als Kaufpreisschuld und in unserem Falle zugleich als Nachlaßverbindlichkeit nach wie vor behalten, und abgesehen von der Behandlung als Darlehn hat sich im übrigen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nichts geändert.

Bürgen und Pfänder bleiben demgemäß nach wie vor für die Schuld verhaftet, wenngleich natürlich eine Erweiterung der Schuld gegen den Bürgen oder nicht persönlich haftenden Pfandeigentümer nur mit ihrer Zustimmung wirkt. Etwaige Einwendungen und Einreden sind desgleichen dem Schuldner erhalten geblieben. Er kann nach wie vor

---

[3]) R. G. im Recht 07. No. 482. Neumann Jahrbuch 10, S. 194 IV. Oertmann S. 655, Anm. 2b. Enneccerus, Bd. I, Abt. 2, S. 112. Staudinger Bd. II, Teil 2, Anm. 7c α zu § 607. Kommentar von R. G. Bd. I., A. 6a zu § 607.

[4]) Staudinger Bd. II, Teil 2, Anm. 7a zu § 607. Martin, S. 12, 59.

geltend machen, daß er gar nicht Schuldner sei, da das Schuldverhältnis, z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, insbesondere wegen Wuchers nichtig sei, oder daß der geltendgemachten Schuld die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstehe, oder daß er als Erbe für die Schuld nur beschränkt hafte, auch kann er Gegenrechte auf Grund positiver Vertragsverletzung aus dem alten Schuldverhältnis herleiten.

Ob die Einwendungen, Einreden oder Gegenrechte schon bei der Vereinbarung der Abrede vorgelegen haben, oder sich erst nacher herausgestellt haben, kann keinen Unterschied machen. Es ist daher die Ansicht Martins, daß erst nach der Vereinbarung hervorgetretene Einwände vom Schuldner nicht erhoben werden könnten, zurückzuweisen.[5]) Ebenso ist für die hier erörterte Bedeutung der Abrede der von manchen Schriftstellern, so von Kober, aufgestellten Ansicht entgegenzutreten, daß bloß dilatorische Einreden dem Gläubiger weiterhin nicht mehr entgegengesetzt werden könnten.[6]) Dies ist nach dem Ausgeführten an sich nicht für alle Fälle zutreffend, da, soweit der Abänderungsvertrag nicht wirkt, sich die Leistungspflicht des Schuldners nach wie vor nach dem alten Schuldverhältnis richtet. So wird sicherlich, wie

---

[5]) Vgl. Martin S. 65.

[6]) Staudinger, Bd. II, Teil 2, Anm. 7 c α zu § 607.

auch Planck[7]) annimmt, die nur aufschiebende Einrede des nicht erfüllten Vertrages an sich durch die Abänderung nicht beseitigt. Wenn Kober sich für seine Ansicht auf die in der Jurist. Wochenschrift 1909, S. 460 Nr. 17 mitgeteilten Entscheidung beruft, so ist dies unzutreffend, da im fraglichen Fall das Reichsgericht nicht nur eine Abänderung der alten Schuld, sondern eine Umwandlung in eine wirkliche Darlehnsschuld angenommen hat. Daß die eine oder die andere aufschiebende Einrede durch die mit der Abrede gewollten Veränderungen, weil sie mit diesen in Widerspruch steht, nach der besonderen Sachlage entfallen kann, soll dagegen nicht in Abrede gestellt werden. So muß z. B. in folgendem Falle die Einrede des nicht ordnungsmäßig erfüllten Vertrages als ausgeschlossen gelten. A. hat von B. eine Maschine für 1000 Mk. gekauft. Bei Lieferung der Maschine kann A. infolge unvorhergesehener Umstände den Kaufpreis nicht zahlen. B. will ihm Kredit gewähren, aber zugleich bei der späteren Einziehung des Kaufpreises gegen den Einwand des A. gedeckt sein, die Maschine sei nicht ordnungsmäßig geliefert, er weigere daher bis zur völligen Vertragserfüllung die Zahlung des Preises. B. vereinbart daher mit A., daß der Kaufpreis fortan als Darlehn geschuldet werde.

Einzugehen ist bei dem hier erörterten Sinne

---

[7]) Planck, Bd. II, Anm. 7 zu § 607, S. 546.

der Abrede auch noch auf die Frage, ob die Vorschriften des Darlehns über die Verjährung anzuwenden sind, falls die alte Schuld einer kürzeren Verjährung unterliegt. Dies ist für das B.G.B. im Gegensatz zu dem Gemeinen Recht zu verneinen, da nach § 225 B.G.B. die Erschwerung der Verjährung durch Vereinbarung untersagt ist, es sei denn, daß ein Ausnahmefall, wie z. B. in den §§ 477, 638 B.G.B. vorliegt. Hierauf läuft aber die Abrede in dem ihr hier gegebenen Sinn hinaus, da sie nur eine Abänderung der alten Schuld, nicht aber eine neue Darlehnsverbindlichkeit schafft. Mittelbar werden jedoch die Parteien in den meisten Fällen auch hier die von ihnen beabsichtigte Verlängerung der Verjährung erreichen, falls gleichzeitig eine Verzinsung der Schuld vereinbart würde. Denn jede Zinszahlung würde ein Anerkenntnis der Schuld im Sinne des § 208 B.G.B. sein, die den Lauf der Verjährung unterbrechen würde.

Auch die Abrede als solche ist als Anerkenntnis der Schuld anzusehen, so daß durch sie eine bereits laufende Verjährung unterbrochen wird, und demgemäß die Verjährungsfrist von neuem zu laufen beginnt.

Außer den angegebenen materiell rechtlichen Wirkungen äußert die Abrede in dem hier behandelten Sinne aber auch im Prozeß Wirkungen. Zwar bildet sie keinen selbständigen Klagegrund, da sie keine neue Verpflichtung zwischen den Parteien

schafft, sondern nur bestehende abändert. Aber sie ist als außergerichtliches Geständnis des Beklagten dahin, daß er sich damals selbst als Schuldner des Klägers fühlte, von nicht geringer Bedeutung. Damit überhebt sie nämlich den Kläger des Beweises für das von ihm als Klaggrund zu behauptenden alten Schuldverhältnisses.[8])

Bei verständiger Beweiswürdigung muß, wenn die Abänderungsvereinbarung feststeht, erstmal zu Gunsten des Gläubigers angenommen werden, daß der von ihm erhobene Anspruch der ist, auf den sich die Abrede bezieht, und den der Schuldner durch sie als zu Recht bestehend anerkannt hat. Sache des Schuldners ist es daher, geltend zu machen, der Abänderungsvertrag beziehe sich auf eine andere Schuld, oder die abgeänderte Schuld bestehe in Wahrheit trotz der Abrede nicht.

Das Reichsgericht gibt in der in Gruchot Bd. 51, S. 941 ff. mitgeteilten Entscheidung der Abrede auch in dem hier behandelten Sinne für den Prozeß eine noch weitergehende Bedeutung. Es führt dort aus, daß, selbst wenn durch die Abrede eine neue abstrakte Schuld nicht geschaffen sei, der Kläger zur Begründung seiner Klage nichts weiter zu behaupten habe, als daß eine Vereinbarung im Sinne des § 607 Abs. 2 getroffen sei. Die Ansicht des Berufungsgerichts — diese deckt sich

[8]) Vgl. Oertmann S. 656, A. b α. Enneccerus Bd. I, Abt 2, S. 399, Welsch S. 59.

mit der hier vertretenen — sei unzutreffend, daß es Sache des Klägers sei, wenigstens darzulegen, welche Forderung in eine Darlehnsforderung umgewandelt sei, und daß es dann Sache des Beklagten sei, das Nichtbestehen jener Forderung zu behaupten und zu beweisen. Diese Ansicht des R.G. läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn es in der Bestimmung des § 607 Abs. 2 B.G.B. einen selbständigen, unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Verpflichtungsgrund sieht, was, wie oben ausgeführt, nicht gerechtfertigt ist. Tut es dies nicht, so bildet die Abrede in der hier fraglichen Bedeutung niemals allein einen genügenden Klagegrund, wie auch Enneccerus annimmt.[9])

§ 5.

**2. Die Abrede in der Bedeutung, eine wirkliche Darlehnsschuld zu schaffen.**

Die Abrede kann von den Parteien ferner in dem Sinne gebraucht sein, daß durch sie die alte Schuld in eine wirkliche Darlehnsschuld umgewandelt oder besser gesagt, übergeleitet werden soll. Der Wille der Parteien geht dann dahin, daß die Schuld aus der alten Verbindlichkeit die Valuta des neuen Darlehnsverhältnisses sein soll.[1])

---

[9]) Enneccerus Bd. I, Teil 2, S. 399, Anm. 9.

[1]) Oertmann, S. 656, Anm. 2 b ββ. Klemperer S. 578. Welsch S. 56. Dernburg Bd. II, Abt. 2, S. 206, IV zu § 234.

Martin[2]) bestreitet zwar, daß die Parteien mit der Abrede ein wirkliches Darlehn gewollt haben können, und daß durch die bloße Vereinbarung ein wirkliches Darlehn zustande kommt. Gerade der Umstand, daß die Parteien die alte Schuld in ein Darlehn umwandelten, anstatt das alte Schuldverhältnis durch Leistung zu beendigen, und alsdann die Leistung sofort dem Schuldner als neues Darlehn zu überlassen, tue kund, daß sie nicht eine neue Kreditgewährung, sondern nur Fortsetzung des alten Schuldverhältnisses unter anderen Bedingungen wollten. Rechtlich sei es ferner wegen der Natur des Darlehns als eines Realvertrages unmöglich, allein durch eine derartige Vereinbarung ein wirkliches Darlehn zu begründen. Dagegen ist folgendes zu sagen.

Der Wille der Parteien, die alte Schuld in ein wirkliches Darlehn umzuwandeln, ist nicht bedingt dadurch, daß sie zugleich ein neues Kreditverhältnis eingehen wollen. Selbst wenn die Parteien eine wirkliche Darlehnsschuld schaffen wollen, so wollen sie damit wirtschaftlich etwas neues, also ein neues Kreditverhältnis, nicht schaffen, sondern sie wollen damit nur ihre Rechtsbeziehungen in eine neue Form, nämlich die des Darlehns überleiten. Daher will auch ein Schuldner, der für die Verbindlichkeit nur als Erbe haftet, damit nicht auf die

[2]) Martin, S. 11 ff.

Geltendmachung seiner nur beschränkten Erbenhaftung verzichten. Daß diese Überleitung in ein wirkliches Darlehn tatsächlich mit einer bloßen Abänderung der alten Schuld nach Darlehnsgrundsätzen viel Ähnlichkeit hat, insbesondere auch in den Wirkungen ist allerdings, wie auch Oertmann bemerkt, nicht zu verkennen.[3])

Was ferner die rechtliche Möglichkeit anbetrifft, auf diese Weise ein wirkliches, „reales" Darlehn zu schaffen, so kann dies für das B.G.B. nicht bezweifelt werden, da, wie oben ausgeführt, gerade durch die Aufnahme des § 607 Abs. 2 diese Möglichkeit anerkannt werden sollte. Dies wird auch mit Ausnahme von Martin allgemein anerkannt. Daß diese Möglichkeit besteht, wurde für das Römische Recht bereits von Ulpian vertreten, und war im Gemeinen Recht die herrschende Ansicht.[4]) Wie die rechtliche Konstruktion dieses Darlehns zu denken ist, das auch nach dem B.G.B. in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht als Realkontrakt anzusehen ist, kann allerdings zweifelhaft sein.

Ulpian gibt in l. 15 D. r. c. 12,1 die Erklärung, daß die Schuldsumme als bezahlt und als Darlehn wieder vorgeliehen zu erachten sei. Diese Konstruktion war allerdings nur eine Notkonstruktion,

---

[3]) Vgl. Oertmann, S. 656. Anm. 2 b ββ zu § 607.

[4]) Windscheid Pandekten II, § 354, Anm. 2 § 364, Anm. 3.

dadurch hervorgerufen, daß im Römischen Recht mit wenigen Ausnahmen keine Möglichkeit bestand, durch formlosen Vertrag ein Schuldverhältnis abzuändern. Sie wurde für das Gemeine Recht noch vielfach vertreten, ist aber für das B.G.B. von den meisten Schriftstellern, so auch jetzt von Oertmann[5]) verlassen. Einige Schriftsteller fassen den Vorgang rechtlich als Erlaß der Urforderung credendi causa auf, sodaß die Schuldbefreiung den rechtlichen Vorteil bildet, der die Grundlage des neu geschaffenen Realdarlehns ist.[6]) Als die der Sachlage am besten gerecht werdende Konstruktion ist folgende anzunehmen, die bereits von Jhering für das neuere Gemeine Recht und für das B.G.B. außer von Enneccerus auch vom Reichsgericht vertreten wird.[7]) Eine Vermögensübertragung an den Schuldner, die das Darlehn als Realvertrag begrifflich erfordert, liegt nicht nur dann vor, wenn die Darlehnsgegenstände dem Schuldner von dem Gläubiger übergeben werden, sondern dem Geben der Darlehnsvaluta steht gleich, und es muß demnach genügen, wenn der Schuldner die Gegenstände oder auch nur ihren Wert bereits aus einem anderen Grunde in seiner Hand hat. Die „res" besteht eben

[5]) Vgl. Oertmann, S. 656, Anm. 2 b ββ zu § 607.

[6]) Welsch S. 56. Oertmann, S. 656, Anm. 2 b ββ zu § 607.

[7]) Jherings Jahrb. II, S. 134, besonders S. 138 ff. R. G. in Jur. Wochenschr. 06, S. 550. Enneccerus Bd. I, Abt. 2, § 363, II, 2 S. 397. Clausen, S. 38, 39.

in diesem Falle in der dem Schuldner bereits früher zu teil gewordenen Vermögenszuwendung.

Die Wirkung der Abrede in diesem Sinne, daß eine wirkliche Darlehnsschuld begründet werden soll, sind folgende.

Es entsteht eine neue, echte Darlehnsverbindlichkeit, d. h. eine streng einseitige Verpflichtung, welche die alte Schuldverbindlichkeit ablöst.[8]) Damit ist diese zwar nicht gänzlich aus der Welt geschafft, vielmehr ist nach dem Willen der Parteien ihr rechtsgültiger Bestand die Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der neuen Darlehnsschuld.[9]) Denn die Parteien wollten mit der Umwandlung nicht eine völlig neue, von der alten Verbindlichkeit unabhängige Schuld schaffen, sondern sie wollten die alte Schuld nur in die neue Rechtsform des Darlehns überleiten.[10]) Damit ist das rechtswirksame Bestehen der alten Verbindlichkeit die wesentlichste Voraussetzung für den Bestand der neuen Darlehnsschuld, gerade wie beim gewöhnlichen Darlehn die Hingabe der Valuta vorausgesetzt ist. Demgemäß beeinflussen alle Umstände, die auf den rechtlichen Bestand der alten Schuld einwirkten, mittelbar auch,

---

[8]) Vgl. Oertmann S. 656, Anm. 2 $\beta\beta$ zu § 607. Dernburg Bd. II, Abt. 2, S. 206, IV, § 234 insbesondere Clausen S. 34. Welsch, S. 56. Klemperer, S. 578.

[9]) Vgl. insbesondere R. G. Bd. 62, S. 51. Oertmann, S. 656, Anm. 2b $\beta\beta$ zu § 607. Commentar vom R. G. Anm. 6b zu § 607. Clausen, S. 45, 73, 75. Rümelin, S. 256.

[10]) R. G. im Recht 06. S. 1078, No. 2493.

weil so der Willen der Parteien ist, den rechtlichen Bestand der Darlehnsschuld. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob diese Umstände bereits bei Abschluß der Vereinbarung offen zu Tage lagen oder erst später hervorgetreten sind, ebenso wie z. B. der Käufer noch wandeln kann, nachdem der Kauf bereits von beiden Seiten erfüllt ist. Voraussetzung ist nur, daß sie in dem alten Schuldverhältnis begründet sind und auf dessen Bestand eingewirkt hätten.

Demgemäß üben Einwendungen gegen die alte Schuld mittelbar ihre rechtsvernichtende Wirkung auch auf die neue Darlehnsverbindlichkeit aus. Da die alte Schuld durch sie rechtlich ein Nichts ist, hat der Schuldner eine „res", die er dem Gläubiger schuldet, überhaupt nicht in Händen. Desgleichen ist auch anzunehmen, wie allgemein anerkannt ist, daß peremtorische Einreden mittelbar den Bestand der neuen Schuld beeinflussen, insbesondere also auch die Einrede der beschränkten Erbenhaftung. Steht nämlich der alten Schuld eine solche Einrede gegenüber, so kommt dies, soweit die Einrede wirkt, auf dasselbe hinaus, als wenn der Schuldner überhaupt nicht schuldete.[11])

Das Gleiche ist aber auch, wie vielfach in Literatur und Praxis verneint wird, an sich für die nur

[11]) Vgl. Oertmann, S. 656, Anm. 2 b $\gamma$, $\beta\beta$ u. R. G. in J. W. 09, S. 460, No. 17.

aufschiebenden Einreden anzunehmen.[12]) Wie oben ausgeführt ist und von Clausen[13]) bei dieser Frage mit Recht hervorgehoben wird, soll nach dem Willen der Parteien das Darlehn aus der alten Schuld hervorgehen und nur insoweit begründet sein, als auch die alte Schuld geschuldet wurde. Wurde daher die alte Schuld durch ein Gegenrecht des Schuldners irgendwie beschränkt, so muß diese Beschränkung an sich nach dem Parteiwillen auch gegenüber der neuen Schuld wirken. War also z. B. die alte Schuld erst nach längerer Zeit fällig, so kann auch nur zu dieser Zeit die Zahlung des „Darlehns" gefordert werden. Der Gläubiger kann nunmehr nicht etwa ohne weiteres nach Ablauf der für Darlehen in § 609 Abs. *2* B.G.B. gegebenen einmonatigen oder dreimonatigen Kündigungsfrist seine Forderung einziehen. Zwar ist richtig, daß im einzelnen Falle in der Umwandelungsabrede zugleich ein Verzicht auf die eine oder andere bloß aufschiebende Einrede gesehen werden kann, so z. B., wenn nach dem Willen der Parteien etwa vorher vereinbarte längere Zahlungsfristen gerade durch die Kündigungsfristen des Darlehns ersetzt werden sollen. Es ist dies ferner in dem bereits oben angegebenen Falle anzunehmen, daß der Gläubiger dem Schuldner zwar Kredit gewähren, zugleich aber

---

[12]) Commentar vom R. G., Anm. 1 zu § 607.

[13]) Clausen, S. 75.

gegen den späteren Einwand des Schuldners gesichert sein will, der Gläubiger habe seine Leistung nicht ordnungsmäßig bewirkt. Aber an sich ist davon auszugehen, daß die Umwandlung in ein Darlehn den Verlust der nur aufschiebenden Einreden nicht zur Folge hat. Die gegenteilige Meinung beruft sich für ihre Ansicht auf das Reichsgericht, insbesondere auf die in der J. W. 09. S. 460 Nr. 17 mitgeteilten Entscheidung. In dieser wird ausgeführt, daß bei einer Umwandlung einer Schuld in eine Darlehnsschuld gemäß § 607 Abs. 2 B.G.B. entsprechend wie bei der Zahlung einer Schuld aufschiebende Einreden als beseitigt anzusehen seien, da sie die alte Schuld nicht zu einer Nichtschuld machten. Demgegenüber ist aber zu sagen, daß sich eine Analogie zwischen der Zahlung und einer Umwandlung der Schuld in dem hier erörterten Sinne nur dann rechtfertigt, wenn man die Entstehung der neuen Darlehnsschuld durch eine fingierte Hin- und Rückzahlung erklärt. Dieser Standpunkt ist aber für das neue Recht so gut wie verlassen. Geht man hiervon nicht aus, so läßt sich eine Gleichstellung der Zahlung mit der Umwandlung nicht rechtfertigen. Die Zahlung bewirkt vielmehr Erfüllung der Schuld, während die Umwandlung die Erfüllung hinausschiebt.

Des weiteren ist über die Wirkung der Abrede in diesem Sinne zu sagen, daß Pfänder und Bürgen frei werden, da die alte Schuld durch die neue Dar-

lehnsschuld ersetzt ist.[14]) Auf diese findet nunmehr auch die für das Darlehn gegebene ordentliche Verjährungsfrist Anwendung.

Einen selbständigen Klagegrund bildet die Abrede auch in dieser Bedeutung nicht. Da die neue Darlehnsschuld eine causale, vom Bestande der alten Schuld abhängige Verbindlichkeit ist, hat der Gläubiger außer der Vereinbarung, die er gegebenenfalls auch beweisen muß, das Bestehen einer zu Grunde liegenden Schuld zu behaupten. Ihr Bestehen ist dann auf Grund der feststehenden Umwandlungsabrede, wie oben ausgeführt ist, vorerst als erwiesen anzunehmen.

Die Abrede stellt in der hier fraglichen Bedeutung einen formlosen, schuldrechtlichen Vertrag dar. § 607 B.G.B. fordert keine Schriftform, auch ist diese nicht auf Grund allgemeiner Grundsätze des B.G.B. zu verlangen, da ja die Abrede in dem hier fraglichen Sinne nur eine neue causale, aber nicht abstrakte Schuldverbindlichkeit wie z. B. das selbständige Schulderkenntnis begründet.[15])

Eine Novation enthält die Abrede in dieser Bedeutung nicht, obgleich dies von verschiedenen Schriftstellern, so insbesondere von Dernburg

---

14) R. G. Bd. 62, S. 51. Oertmann, S. 656 und die dort angegebene Literatur in Anm. 2 $\beta\beta$.

15) Oertmann, S. 656, 2b $\beta\beta$, Anm. zu § 607. Enneccerus Bd. I, Abt. 2, § 298 III B S. 212. Planck, Bd. II, Anm. 7 zu § 607, S. 547. Clausen, S. 43.

angenommen wird.[16]) Der Begriff der Novation setzt vielmehr notwendigerweise die Schaffung einer neuen abstrakten Verbindlichkeit voraus.[17]) Dieses ist aber gerade hier nicht der Fall. Die Frage, ob die Abrede eine Novation enthält, kann vielmehr nur für den dritten Fall gestellt werden, den die Abrede möglicherweise enthalten kann.

§ 6.

### 3. Die Abrede in der Bedeutung eines selbständigen Schuldanerkenntnisses.

Diese weitere Möglichkeit geht dahin, daß die Parteien mit der Abrede die Schaffung einer von den zu Grunde liegenden Rechtsbeziehungen bis zu einem gewissen Grade losgelösten neuen Schuld gewollt haben, die nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werden soll.[1]) Hiermit kann zugleich ein Verzicht des Schuldners auf Herleitung von Rechten aus etwaigen Mängeln der alten Schuld verbunden sein[2]), insbesondere kommt für diesen Fall ein Verzicht des Schuldners auf die Geltendmachung seiner nur beschränkten Erbenhaftung in Frage. Der Gläubiger hat die Schuld weiter stunden wollen, aber nur

---

[16]) Dernburg, Bd. II, Abs. 2, § 234, IV, S. 206. Endemann Lehrb. S. 835, Anm. 6. Crome, System II, S. 600.

[17]) Enneccerus, Bd. I, Abt. 2, § 298, III A, S. 209. Clausen, S. 34.

[1]) Oertmann, S. 646, Anm. 2 b $\beta\beta$ zu § 607. Staudinger Bd. II, Abt. 2, Anm. 7 c zu § 607. Commentar von R. G., Bd. I, Anm. 6 c zu § 607.

[2]) Oberlandesgericht Zweibrücken im Recht 04, S. 361, No. 1634.

gegen Schaffung eines neuen Schuldgrundes, in der Weise, daß die Verpflichtungserklärung allein ihn berechtigen soll, einen Anspruch gegen den Schuldner zu erheben. Dieser mag dann geltend machen und beweisen, daß die zu Grunde liegende alte Schuld aus irgend einem Grunde nicht zu Recht bestanden hat, z. B. weil ein verbotenes Rechtsgeschäft vorlag, oder dem Anspruch eine peremtorische Einrede entgegenstand. Denn der neue Schuldgrund gewährt dem Gläubiger Sicherheit dagegen ,daß sich nicht der böswillige und undankbare Schuldner der gestundeten Verpflichtung später durch allerhand Ausflüchte aus der alten Schuld zu entziehen sucht. Auch gewährleistet ein solcher abstrakter Schuldgrund dem Gläubiger späterhin die schnelle und ungestörte Durchführung seiner Befriedigung. Beides sind gewichtige Gründe, die Abrede in dem angegebenen Sinne gewollt zu haben. Die Parteien bedienen sich dabei deshalb der Form des Vereinbarungsdarlehns, weil das Darlehn eine streng einseitige Verpflichtung hervorruft, gegen die dem Schuldner, wenn feststeht, daß er die Summe erhalten hat, und die Zeit ihrer Rückzahlung eingetreten ist, Einwände nicht zustehen. Die Parteien sprechen also in diesem Falle von Darlehn, meinen aber tatsächlich ein selbständiges Schuldanerkenntnis, und zwar kann dieses sowohl dahin gewollt sein, daß es an die Stelle der alten Schuld tritt, so daß diese erlischt, oder in der Weise, daß es zu ihrer

Verstärkung neben sie tritt. Im Zweifel ist nur anzunehmen, daß die Parteien das weniger weit Greifende gewollt haben, so daß also das Anerkenntnis nur zur Verstärkung der alten Schuld dient. Dies ist auch nach § 364 Abs. 2 B.G.B. anzunehmen. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf unsere Abrede wird zwar von einigen Schriftstellern, so Planck und Clausen verneint.[3]) Sie bezieht sich nämlich, wie nicht zu leugnen ist, auf eine solche Verpflichtung, die von den Parteien zum Zwecke der Erfüllung einer alten Schuld vereinbart wird, also ein „solvere" zum Ziel hat. Unsere Abrede bezweckt dagegen eine Stundung der alten Schuld, läuft also auf eine „credere" hinaus. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß der in § 364 Abs. 2 B.G.B. enthaltene Gedanke auf unsere Abrede analog anzuwenden ist. Bereits das jüngere Römische Recht stand der Novation ungünstig gegenüber. Justinian verordnete in l. 8. C. 8, 41, daß der animus novandi nur anzunehmen sei, wenn er sich im einzelnen Falle feststellen lasse.

Die Wirkungen der Abrede in diesem Sinne sind folgende.

Sie stellt ein selbständiges Anerkenntnis im Sinne der §§ 780 ff. B.G.B. dar, verbunden mit einer Stundung und der Bestimmung, daß die Verbindlichkeit nach Darlehnsregeln geschuldet werden soll,

---

[3]) Planck, Bd. II, Anm. 7 zu § 607, S. 547. Clausen, S. 44.

gegebenenfalls auch mit einem Verzicht des Schuldners auf etwaige Einwände und Gegenrechte. Der Schuldner ist daher, wie nach der herrschenden und zutreffenden Ansicht anzunehmen ist, aus der Abrede allein ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zur Leistung verpflichtet.[4]) Mängel der alten Verbindlichkeit kann er nur nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung, sei es im Wege der Klage oder Einrede, geltend machen, also nur dann, wenn die Schuld überhaupt nicht rechtsbeständig oder mit zerstörenden Einreden, so z. B. der Einrede der beschränkten Erbenhaftung, behaftet war. Bloß dilatorische Einreden hat dagegen der Schuldner verloren, weil diese die Schuld nicht zu einer „Nichtschuld" machen. Aber auch beim Vorliegen peremtorischer Einreden ist eine Rückgängigmachung des Anerkenntnisses im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung ausgeschlossen, wenn in dem Anerkenntnis zugleich auch ein Verzicht des Schuldners auf Einreden aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse liegt, wie z. B. in dem im Recht 1909 Seite 361 mitgeteilten Falle, in dem der Abrede noch hinzugefügt war, daß der Schuldner auf erstmaliges Verlangen und ohne Einrede zu zahlen habe.[5]) Ein solcher Verzicht wird

---

[4]) Vgl. Oertmann Vorbemerkung 6 zu § 780 ff, S. 969 und die dort angegebene Literatur.

[5]) Entscheidung des Oberlandesgerichts Zweibrücken im Recht 09, S. 361.

auch dann anzunehmen sein, wenn die neue Schuld an Stelle der alten treten soll. In diesem Falle werden auch Pfänder und Bürgen der alten Schuld frei.

In prozessualer Hinsicht reicht die Abrede, da sie in dieser Bedeutung einen selbständigen Verpflichtungsgrund bildet, zur Begründung der Klage aus.

Als selbständiges Anerkenntnis bedarf sie der Schriftform, es sei denn, daß einer der Ausnahmefälle, wie z. B. Vergleich, Abrechnung oder § 350 H.G.B. gegeben ist.

Die Abrede enthält ferner eine Novation, wenn sich nämlich feststellen läßt, daß die Parteien durch sie die alte Schuld beseitigen und die neue an ihre Stelle setzen wollten.

---

# Zweiter Abschnitt.

## Haftet ein Erbe aus der Vereinbarung im Falle der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses persönlich?

### § 7.

Es ist nunmehr die weiterhin zur Bearbeitung gestellte Frage zu untersuchen, ob ein Erbe aus der Abrede in der einen oder anderen Bedeutung persönlich verpflichtet wird, oder ob die Schuld nach wie vor eine Nachlaßverbindlichkeit bleibt, so daß sich

der Nachlaßgläubiger bei Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses nur an den Nachlaßverwalter oder den Konkursverwalter halten kann. Denn nach § 1984 B.G.B. und §§ 6, 7 K.O. verliert der Erbe mit der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten, und ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, also eine Nachlaßverbindlichkeit, kann nur gegen den Nachlaßverwalter oder den Konkursverwalter geltend gemacht werden. Mit der Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses geht somit kraft Gesetzes die Verfügungsbefugnis und das aktive und passive Prozeßführungsrecht bezüglich des Nachlasses auf den Nachlaßverwalter bezw. den Konkursverwalter über.[1])

Daß durch einen Verzicht des Schuldners auf die Einrede der beschränkten Erbenhaftung die betreffende Schuld nunmehr eine persönliche Schuld, eine Eigenverbindlichkeit des Schuldners wird, ist allgemein anerkannt.[2]) Streitig ist und zu Zweifel gibt dagegen der Fall Anlaß, wenn der Erbe in Verwaltung des Nachlasses eine neue Verbindlichkeit eingeht, oder, was dem gleichzusetzen ist, für eine

---

[1]) Vgl. Leonhardt Anm. IV A, zu § 1975, S. 45. Kipp § 78, VII, 4, S. 238. Planck Anm. 4 zu § 1975, S. 132, R. G. 72, S. 260. Anderer Ansicht Herzfelder in Staudingers Commentar Bd. V, S. 153. Jaeger.

[2]) Vgl. u. a. Leonhard, Anm. III C, 2 zu § 1967, S. 76.

Nachlaßverbindlichkeit dem Gläubiger ein selbständiges Schuldanerkenntnis gibt.[3])

**I. In der Bedeutung zu II. 1 und 2 des ersten Abschnittes kann aus der Abrede eine persönliche Schuld des Erben nicht entstanden sein.**

§ 8.

Die Wirkungen der Abrede in den im ersten Abschnitte unter II 1 und *2* behandelten Bedeutungen stimmen darin überein, daß in ihnen ein Verzicht des Schuldners auf seine nur beschränkte Erbenhaftung nicht zu erblicken ist und ferner insbesondere darin, daß durch die Umwandlung — was bei der bloßen Abänderung der Schuld selbstverständlich ist, aber auch für den Fall der Umwandlung in ein wirkliches Darlehn zutrifft — keine neue, von der alten Schuld losgelöste, also abstrakte Schuldverbindlichkeit begründet wird. Im Falle der Umwandlung in ein echtes Darlehn entsteht zwar durch die Umwandlung der alten Schuld eine neue Verbindlichkeit. Diese ist aber nach dem Willen der Parteien von der alten Schuld nicht losgelöst, also nicht abstrakt. Sie ist vielmehr aufs engste mit der alten Schuld verbunden geblieben und nur deren Fort-

---

[3]) Eccius in Gruchot 51, S. 564 ff, 52, S. 810 ff. Scheye, Gruchot 52, S. 806 ff. Leonhard, Anm. V, B, 3 zu § 1967. Kipp, § 73, S. 213. Strohall, Bd. I, § 70, S. 173 ff. Kretschmar § 72, S. 341 ff. Binder, S. 39 ff. R. G. Bd. 62, S. 38 ff. Planck, Bd. V, Anm. 4 zu § 1975, S. 132. Simeon, Bd. I, T. II, § 141, S. 1025.

setzung in neuer Rechtsform. Darauf folgt aber, daß sie nach wie vor eine Nachlaßverbindlichkeit geblieben ist, und keine persönliche Schuld des Erben geworden sein kann. In diesen beiden Fällen kann sich daher ein Nachlaßgläubiger wegen seiner Forderung nur an den Nachlaßverwalter bezw. den Konkursverwalter halten.

**II. In der Bedeutung zu II, 3 des ersten Abschnittes kann dagegen möglicherweise eine persönliche Schuld des Erben entstanden sein.**

**1. Der Fall, daß die Abrede als selbständiges Anerkenntnis einen Verzicht des Erben auf die Einrede seiner beschränkten Erbenhaftung enthält.**

§ 9.

Anders ist dagegen die Sachlage, wenn der Abrede die unter II 3 des ersten Abschnittes angegebene Bedeutung beizulegen ist. Sie enthält dann ein selbständiges Schuldanerkenntnis, gegebenenfalls — dies ist allerdings im Zweifel nicht anzunehmen — mit einem Verzicht des Schuldners auf die Einrede seiner beschränkten Erbenhaftung. Liegt ein solcher Verzicht vor, so haftet der Erbe für die betreffende Verbindlichkeit unbeschränkt, und diese ist damit seine eigene Schuld geworden. Die spätere Trennung seines Privatvermögens und des Nachlasses ist daher für ihn insoweit ohne Bedeutung. Dem Gläubiger würde danach in

diesem Falle sowohl der Erbe persönlich mit seinem ganzen Vermögen, wie auch der Nachlaß als solcher haften. Es würde dann eine Art Haftung wie bei Gesamtschuldnern vorliegen, in der Weise, daß, soweit die eine Schuld erfüllt wird, auch die andere durch Zweckerreichung untergeht.[1]) Schwieriger gestaltet sich die rechtliche Beurteilung, wenn das den Verzicht enthaltende Anerkenntnis zugleich novatorisch gemeint war, so daß die dem Anerkenntnis zu Grunde liegende Nachlaßverbindlichkeit erloschen ist. Es fragt sich dann, ob neben dem auf Grund seines Verzichts unbeschränkt haftenden Erben auch der Nachlaß an sich verpflichtet ist, d. h. ob der Gläubiger aus dem Anerkenntnis nur gegen den Erben oder auch gegen den Nachlaßverwalter bezw. Konkursverwalter vorgehen kann.

§ 10.

**2. Der Fall, daß das Anerkenntnis keinen Verzicht des Erben auf die Einrede seiner beschränkten Erbenhaftung enthält. Können durch Rechtsgeschäfte des Erben reine Nachlaßverbindlichkeiten geschaffen werden?**

Noch wichtiger wird diese Frage, gegen wen das Anerkenntnis wirkt, in dem im Zweifel anzunehmenden Fall, daß es nicht einen Verzicht des

---

[1]) Vgl. Leonhard, Anm. V, B, S. 78—80. Eccius, Gruchot 51, S. 564. Simeon, Bd. I, Teil 1, S. 504.

Schuldners auf die Einrede seiner beschränkten Erbenhaftung enthält. Haftet auch in diesem Falle der Erbe nach Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses aus dem Anerkenntnis als aus seiner eigenen Verbindlichkeit unbeschränkt mit seinem eigenen Vermögen, obwohl er an sich die beschränkte Haftung nicht verloren hat, oder ist nur der Nachlaß verhaftet.

Die Beantwortung dieser Frage, wer aus dem Anerkenntnis des Erben verhaftet wird, hängt davon ab, ob die Verpflichtung aus dem Anerkenntnis, die nicht eine vom Erblasser herrührende, sondern eine erst vom Erben begründete Verbindlichkeit ist, eine Naßlaßverbindlichkeit sein kann, und ob sie im gegebenen Falle als solche anzusprechen ist.

Nach § 1967 B.G.B. sind Nachlaßverbindlichkeiten einmal die vom Erblasser herrührenden Schulden, sodann die den Erben als „solchen" treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere Pflichtteilansprüche, Auflagen usw. Für unsere Verpflichtung aus dem Anerkenntnis kann nur fraglich sein, ob sie unter die den Erben als „solchen" treffenden Verbindlichkeiten fällt, da sie erst vom Erben eingegangen ist. Über die hierbei zu entscheidende Frage, ob durch Rechtsgeschäft des Erben eine Nachlaßverbindlichkeit entstehen kann, herrscht Streit. Als

herrschend kann zurzeit kaum eine Ansicht bezeichnet werden.[2])

Außer Zweifel steht natürlich, daß nur Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften in Frage kommen können, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses, nicht etwa in Regelung persönlicher Angelegenheiten vorgenommen hat. Der Erbe muß in Fortsetzung der Persönlichkeit seines Erblassers gehandelt haben. Daß derartige Verbindlichkeiten nach der Anschauung des Lebens ihn in seiner Eigenschaft als Erben treffen, kann nicht zweifelhaft sein. Ob dies auch im Rechtssinne zutrifft, ist allerdings eine andere Frage.

§ 11.

**a) Stand der Ansicht.**

Die eine, insbesondere von Eccius vertretene Ansicht[1]) verneint dies. Eccius führt aus, daß „die den Erben als solchen" treffenden Verbindlichkeiten nur die seien, die vom Gesetz als solche anerkannt seien. Das Gesetz sage aber weder ausdrücklich noch im Zusammenhang, daß der bei Vornahme

---

[2]) Leonhardt, Anm. V, B 3 zu § 1967, S. 78 ff. Kipp, § 73, S. 213; Kretschmar, § 72, S. 341 ff; Planck, Bd. 5, Anm. 4 zu § 1975, S. 132; Strohal, Bd. I, § 70, S. 175 ff; Simeon, Bd. I, Teil 2, § 141, S. 1025; Eccius, Gruchot Bd. 51, S. 564 ff; Bd. 52, S. 810 ff; Scheye Gruchot Bd. 52, S. 806 ff; Borchardt, Archiv ziv. Prax. Bd. 94, S. 198.

[1]) Vgl. Eccius Gruchot, Bd. 51, S. 564 ff, Bd. 52, S. 810 ff. Ferner Strohal, Planck, Kretschmar a. a. O. S. 42.

eines Rechtsgeschäftes nach außen hervortretende Wille des Erben, in Verwaltung des Nachlasses zu handeln, eine den Erben als solche treffende Verbindlichkeit schaffe. Der Nachlaß gehöre dem Erben. Was dieser in Verwaltung des Nachlasses tue, tue er in eigener Angelegenheit und demgemäß verpflichte er sich auch persönlich und nicht den Nachlaß, falls dieser bei angeordneter Nachlaßverwaltung von dem Privatvermögen des Erben wieder getrennt werde. Ein „personifizierter" Nachlaß, in dessen Namen der Erbe handeln könne, sei dem Gesetz fremd. Der Erbe setze die Person des Erblassers nicht in der Weise fort, daß seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen als Erklärungen des Toten gelten könnten. Solange die seperatio bonorum nicht eingetreten sei, sei der Nachlaß zwar Vermögen des Erben. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Erben treffe daher die Nachlaßsache als ihm gehörig. Der Verpflichtungswille sei sein Wille, und die Verpflichtung treffe notwendig ihn selbst und damit sein ganzes Vermögen. Eine dingliche Verfügung müsse der Nachlaßverwalter bezw. der Konkursverwalter also als wirksam anerkennen, eine obligatorische Willenserklärung des Erben habe aber weder den Toten noch den vom Vermögen des Erben wieder getrennten Nachlaß mit einer Verpflichtung belastet.

Binder vertritt grundsätzlich die gleiche Ansicht.[2]) Auch er läßt den Erben aus dem von ihm, wenn auch in Verwaltung des Nachlasses eingegangenen Rechtsgeschäften lediglich persönlich verpflichtet werden. Er macht jedoch für Verbindlichkeiten aus solchen Rechtsgeschäften eine Ausnahme, zu deren Vornahme der Erbe verpflichtet war.[3]) Unter anderem hat er hierbei die Verpflichtung des Erben zur Tragung der Begräbniskosten gemäß § 1986 B.G.B. im Auge. Er begründet seine Ansicht folgendermaßen. Der Nachlaß sei ein Sondervermögen und als solches selbständiger Haftung fähig. Es sei ferner Grundsatz des Gesetzes, daß die Annahme der Erbschaft den Erben nicht schädigen solle. Aus beiden Sätzen ergebe sich, daß alle Rechtsgeschäfte zu deren Vornahme der Erbe verpflichtet sei, nicht das Erbenvermögen, sondern den Nachlaß belasteten. Die daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten gehörten zu denen, welche den Erben „als solchen" treffen. Demgegenüber sagt eine dritte Meinung, daß sämtliche Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses abschließt, nur den Erben als solchen verpflichten, also nur Nachlaßverbindlichkeiten sind, so insbesondere Scheye und

[2]) Binder, Teil 2, § 16, S. 37.
[3]) Binder, Teil 2, § 16, S. 45, 46.

Borchardt.[4]) Scheye, der allein seiner Ansicht eine ausführliche Begründung gibt, geht, wie auch Herzfelder in Staudingers Commentar ausführt,[5]) davon aus, daß das B.G.B. nicht abschließend bestimmt habe, welche Verbindlichkeiten Nachlaßschulden seien. Es stehe demnach nichts entgegen, auch andere als die im B.G.B. anerkannten Verpflichtungen nach den jeweiligen Umständen als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen, so die in Verwaltung des Nachlasses vom Erben eingegangenen Schulden. Ein Grund aus diesen bei Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses nur den Erben haften zu lassen, sei nicht ersichtlich. Der Erbe sei Rechtsträger des Nachlasses und bis zur Einleitung einer Nachlaßverwaltung zur Verfügung über ihn berechtigt gewesen. Aber auch nach Anordnung der Nachlaßverwaltung bleibe der Nachlaß sein Vermögen, und seine Verwaltungshandlungen würden nicht hinfällig. Es sei daher unerfindlich, wenn trotzdem alle Maßnahmen des Erben den Nachlaß nichts angehen, sondern nur ihn persönlich verpflichten sollten.[6])

---

[4]) Scheye, Gruchot Bd. 52, S. 806 ff. Borchardt, Arch. ziv. Prax. Bd. 94, S. 198.

[5]) Staudinger, Bd. V, Anm. 2 zu § 1967.

[6]) Scheye in Gruchot, Bd. 52, S. 806 ff. O.L.G. Celle in R. G. Bd. 62, S. 38 ff.

§ 12.

**b) Die zutreffende Meinung.**

Dieser dritten Ansicht ist der von Eccius und Binder vertretenen der Vorzug zu geben.

In der Tat steht die Fassung des § 1967 B.G.B. nicht entgegen, auch anderen Verbindlichkeiten als den im B.G.B. ausdrücklich oder stillschweigend anerkannten Nachlaßverbindlichkeiten diese Eigenschaft beizulegen. So sieht hierin auch das Reichsgericht, wie auch angesehene Schriftsteller, so Kipp und Leonhard, kein Hindernis, auch anderweitige Schulden als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen.[1])

Auch ist dieser dritten Meinung darin zuzustimmen, wenn sie weiterhin bejaht, daß aus Verbindlichkeiten, die in Verwaltung des Nachlasses vom Erben eingegangen sind, der Nachlaß allein oder zusammen mit dem Privatvermögen des Erben verhaftet werden kann, einerlei, ob der Erbe zu ihrer Vornahme geradezu verpflichtet war.

Überzeugende Gründe stehen dem nicht entgegen. Bei der Beantwortung der Frage ist, wie von der dritten Ansicht zutreffend geschieht, davon auszugehen, daß der Nachlaß dem Erben gehört, und

---

[1]) Vgl. R. G. Bd. 62, S. 38 ff. R. Spr. der O. L. G., S. 361. Leonhard, Anm. V, B, 3 zu § 1967, S. 78. Kipp, § 75, V, S. 213. Kommentar von R. G., Bd. III, Anm. 3 zu § 1967, S. 479.

er bis zur Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses das Recht hat, über ihn zu verfügen und ihn zu verwalten, ja daß er sogar nach § 1978 B.G.B. den Nachlaßgläubigern für eine ordnungmäßige Verwaltung verpflichtet ist. Ist aber der Erbe Herr des Nachlasses und zu seiner Verwaltung und zur Verfügung über ihn berechtigt, so treffen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen seine Verfügungen notwendigerweise den Nachlaß und desgleichen müssen auch seine Verpflichtungen durch ihn als Rechtsträger den Nachlaß treffen. Für den Fall der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses würde aber nur dann etwas anderes Rechtens sein können, wenn durch die damit vom Gesetz verbundene Separatio bonorum dem Erben entweder seine Stellung als Erbe und Rechtsträger des Nachlasses genommen, oder seine vorher von ihm als Erben und Berechtigten vorgenommenen Rechtsgeschäften die Gültigkeit abgesprochen würde. Ist keines von beiden der Fall, so muß dagegen der Nachlaß wenigstens zusammen mit dem Privatvermögen des Erben aus den in Verwaltung des Nachlasses abgeschlossenen Rechtsgeschäften von den Gläubigern in Anspruch genommen werden können. Es muß aber auch die Möglichkeit anerkannt werden, aus solchen Rechtsgeschäften des Erben den Nachlaß allein zu

verhaften, also eine reine Nachlaßverbindlichkeit zu schaffen, wenn rechtlich kein Hindernis besteht, daß der Schuldner sich seinem Gläubiger durch Vertrag nur mit einem bestimmten Teile seines Vermögens haftbar macht. Daß dies möglich ist, ist fast allgemein anerkannt und kann auch berechtigten Zweifeln nach unserem geltenden Recht nicht unterliegen.[2]) Wie diese beschränkte Haftung im einzelnen Falle durchzuführen ist, kann zweifelhaft sein. Dies ist aber eine Frage der Zwangsvollstreckung, nicht des materiellen Rechts und daher hier nicht zu erörtern. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung bezw. des Nachlaßkonkurses bleibt der Erbe nun aber nach wie vor Erbe, also Rechtsträger des Nachlasses. Wie Eccius zutreffend ausführt, ist unserem Recht ein „personifizierter" Nachlaß unbekannt. Desgleichen bleiben auch die von ihm in seiner Eigenschaft als Erbe vorgenommenen Rechtsgeschäfte, Verfügungen, wie Verpflichtungen gültig. Denn nach § 1984, Abs. 1 B.G.B. und §§ 6 und 7 K.O. verliert der Erbe mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung nur das Recht, den Nachlaß weiterhin zu verwalten und über ihn zu verfügen. Für die der Nachlaßverwaltung vorangehende Zeit tastet somit das Gesetz die Stellung des Erben

[2]) Vgl. R. G., Bd. 62, S. 38 ff. Leonhard Anm. B, 3, zu § 1967, S. 78. Kipp, § 73, S. 213, 214.

nicht an. Es läßt ihm seine Erbenstellung für diese Zeit in vollem Umfange und beschränkt sich darauf, ihn den Nachlaßgläubigern nach § 1978 B.G.B. für die Behandlung des Nachlasses wie einen Geschäftsführer, sei es mit, sei es ohne Auftrag, haften zu lassen.

Hiermit stimmt auch die Regelung überein, die das Prozeßrecht an die Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses knüpft. Nach §§ 240 und 241 Abs. 2 Z.P.O. wird ein über eine Nachlaßschuld anhängiger Prozeß unterbrochen, die vorhergehenden Prozeßhandlungen des Erben werden also nicht ungültig. Nach § 784 Abs. 2 Z.P.O. wirkt ferner im Falle der Anordnung einer Nachlaßverwaltung das von einem Nachlaßgläubiger gegen den Erben erstrittene Urteil gegen den Nachlaßverwalter, selbst wenn der Erbe den Rechtsstreit noch so nachlässig geführt oder sich sogar absichtlich hat verurteilen lassen. Das gleiche gilt nach allgemeinen Grundsätzen bei der Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegenüber dem Konkursverwalter.

Es wäre demnach ein innerer Zwiespalt in unserem Recht, wenn ein etwaiges Anerkenntnis, das der Erbe nach bestem Gewissen abgibt, ihn persönlich verpflichten würde, ohne gegen den Nachlaß zu wirken, während ein absichtlich herbeige-

führtes ungünstiges Urteil ohne weiteres in dem Nachlaß vollstreckt werden könnte.

Demgemäß hat die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses im geltenden Recht im Gegensatz zu der nachträglichen Ausschlagung der Erbschaft durch den Erben keine rückwirkende Kraft. Während der Erbe also durch die Ausschlagung mit rückwirkender Kraft sein Erbrecht und seine Verfügungsbefugnisse mit Ausnahme der im § 1959 Abs. 1 und 2 B.G.B. geregelten beiden Sonderfällen verliert, behält er beides bei Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses für die dieser vorangehende Zeit, und sein Erbrecht sogar darüber hinaus. Er setzt daher bis dahin in jeder Beziehung die Rechtspersönlichkeit seines Erblassers fort, und seine Erklärungen sind demnach bezüglich des Nachlasses den Erklärungen des Erblassers rechtlich gleichwertig. Es ist daher unzutreffend, wenn Eccius dieses in Abrede stellt. Auch verwickelt er sich hierbei in einen Widerspruch. Verfügungen des Erben spricht er trotz eingeleiteter Nachlaßverwaltung Wirkungen für den Nachlaß zu. Wie könnte er dies aber trotz ihrer dinglichen Wirkung, wenn er ihnen damit nicht bezüglich des Nachlasses die gleiche Wirkung zuerkennt, wie Erklärungen des Erblassers, und damit selbst zugibt, daß der Erbe die

Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt? Würden die Verfügungen des Erben bezüglich des Nachlasses den Verfügungen des Erblassers im Falle eingeleiteter Nachlaßverwaltung rechtlich nicht gleichwertig sein, würde also in diesem Falle der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers nicht fortsetzen, so könnten auch die Verfügungen des Erben gegenüber dem Nachlaß nicht gültig sein, da er dann als Nichtberechtigter verfügt hätte.

Bleibt daher der Erbe nach Einleitung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses Rechtsträger des Nachlasses, und bleiben die von ihm in seiner Eigenschaft als Erben vorgenommenen Rechtsgeschäfte auch nach Einleitung einer Nachlaßverwaltung bezw. eines Nachlaßkonkurses gültig, so wirken auch die von ihm für den Nachlaß eingegangenen Verpflichtungen durch ihn als Rechtsträger gegen den Nachlaß, sei es daß dieser allein oder zusammen mit dem Privatvermögen des Erben verhaftet ist.

Auch Binder gibt zu, daß der Nachlaß sehr wohl als Haftungsgegenstand für Verbindlichkeiten des Erben aus Verwaltung des Nachlasses angesehen werden könne, da das Gesetz dem Erben bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung sein Erbrecht wie seine Verfügungsmacht belasse.[3]) Er glaubt diesen

[3]) Vgl. Binder, § 16, S. 37.

Schluß aber deswegen ablehnen zu müssen, weil das Ergebnis nicht mit dem von dem Gesetz durch die Seperatio bonorum gewollten Zweck in Einklang zu bringen sei. Dieser Grund ist nicht stichhaltig.

Es ist zwar richtig, daß das Gesetz mit der Seperatio bonorum die abgesonderte Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß bezweckt. Diese sollen in ihrer Befriedigung nicht durch die Privatgläubiger des Erben beeinträchtigt werden.

Eine Beeinträchtigung durch Privatschulden des Erben liegt aber nicht vor, wenn Schulden aus dem Nachlaß berichtigt werden, die durch die Verwaltung des Nachlasses entstanden sind, sei es nun, daß der Erbe oder ein anderer den Nachlaß verwaltet hat. Der Nachlaß läßt sich in der Regel weder bezüglich der Rechte noch der Pflichten mit dem Augenblick des Erbfalls festlegen. Er entwickelt sich unausgesetzt weiter und muß daher auch weiter verwaltet werden. Die aus dieser Verwaltung entspringenden Rechte und Pflichten gehören aber ebensogut zu ihm, wie die vor dem Erbfall erwachsenen, insbesondere, wenn man wie B i n d e r, den Nachlaß als ein Sondervermögen ansieht. Rein äußerlich betrachtet mögen zwar diese Rechte und Pflichten als solche des Erben erscheinen, ihrem Wesen nach aber sind sie wirtschaftlich und auch, wie oben gezeigt, rechtlich, solche des Nachlasses.

Das Reichsgericht will die angeführten Gründe für die Lösung der Frage noch nicht genügen lassen und zwar mit Rücksicht darauf, weil durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wieder eine völlige Trennung des Privatvermögens des Erben und des Nachlasses herbeigeführt werde. Es stützt daher seine Entscheidung auf den weiteren Grund, daß der Erbe nach erfolgter Seperatio bonorum für die vorhergehende Zeit gemäß § 1978 B.G.B. als Verwalter des Nachlasses anzusehen sei.[4])

Wie bereits die früheren Ausführungen ergeben, ist dem aber nicht beizutreten. Das Gesetz legt gerade der mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses verbundenen Seperatio bonorum nicht die Wirkung bei, daß nunmehr der Erbe rückwirkend seines Erbrechts für verlustig erklärt wird, und seine früheren Verwaltungshandlungen hinfällig werden. Nur wenn diese Folgen vom Gesetz ausgesprochen würden, könnte der Grund des Reichsgerichts zutreffen. Tatsächlich beschränkt sich aber das Gesetz damit, dem Erben für seine Verwaltung wie einen Geschäftsführer mit oder ohne Auftrag den Nachlaßgläubigern gegenüber haften zu lassen; seine Erbenstellung und den Bestand seiner Handlungen läßt es dagegen

[4]) Vgl. R. G. Bd. 62, S. 38 ff.

unangetastet. Der Erbe ist somit nach dem Gesetz nicht nur wie ein Verwalter des Nachlasses für die der Anordnung der Nachlaßverwaltung vorangehende Zeit zu behandeln, sondern er ist tatsächlich Eigentümer und Verwalter des Nachlasses gewesen und konnte dementsprechend durch seine Rechtsgeschäfte den Nachlaß auch verhaften.

Nicht beizutreten ist aber der zweiten Ansicht darin, daß stets alle Handlungen, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses vornimmt, den Erben als solchen treffen und damit Nachlaßverbindlichkeiten begründen. Dies hängt vielmehr, wie eine weitere Meinung, so insbesondere das Reichsgericht, Leonhard und Kipp ausführen, mit davon ab, wie im einzelnen Falle das betreffende Rechtsgeschäft abgeschlossen ist.[5]) Es haben hier gleiche Grundsätze wie bei der Stellvertretung zu gelten. Hat der Erbe das Geschäft ohne Vorbehalt geschlossen, so ist er aus ihm auch persönlich verpflichtet worden. Es liegt eine eigene Vertragsverbindlichkeit des Erben vor, für die er seinen Gläubigern unbeschränkt haftet. Der Handwerker, der im Auftrage des ihm als zahlungsfähig bekannten Erben ein von diesem ererbtes, mit Hypotheken

[5]) Reichsgericht Bd. 62, S. 38 ff. Kipp, § 73, V, S. 213. Leonhard, Anm. V, B, 3, S. 78, 79. Kommentar von R. G. Bd. III, Anm. 1 zu § 1967. Staudinger, Bd. V, Anm. 2 zu § 1967, S. 123.

überlastetes Grundstück instandsetzt, denkt nicht daran, sich später nach angeordneter Nachlaßverwaltung auf den überschuldeten Nachlaß verweisen zu lassen. Hingegen kann der Erbe sich gemäß § 1978 Abs. 3 B.G.B. nach Zahlung der Schuld seinerseits an den Nachlaß halten.

Ist dagegen der Erbe die Verbindlichkeit ausdrücklich für den Nachlaß eingegangen, hat demnach beiderseitiges Einverständnis darüber geherrscht, daß nur der Nachlaß dem Gläubiger haften solle, so ist — falls es sich um ein Geschäft in Verwaltung des Nachlasses handelt — nur eine Nachlaßverbindlichkeit entstanden. Es kommt also einmal darauf an, daß objektiv ein Rechstgeschäft in Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist und zwar ohne Unterschied, ob das Geschäft zur Verwaltung des Nachlasses erforderlich war oder nicht. Würde dies allerdings nicht der Fall sein, so würde der Erbe wieder nach § 1978 Abs. 1 dem Nachlaß als Geschäftsführer mit oder ohne Auftrag haften. Sodann ist notwendig, daß die Beziehung des Geschäftes auf den Nachlaß bei Abschluß des Geschäfts zu Tage getreten ist. Letzteres braucht nicht ausdrücklich geschehen zu sein, kann sich vielmehr auch aus den Umständen ergeben.[6]) Dies wird

[6]) Leonhard, Anm. 5 B, 3, S. 80. Kipp, § 73, Anm. 71, S. 213.

z. B. der Fall sein, wenn der Erbe einen Vertrag für Rechnung eines zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäftes abschließt, insbesondere dann, wenn wie im vorliegenden Fall der Erbe für eine Schuld des Erblassers ein Anerkenntnis eingeht. Gerade in diesem Falle will der Erbe nur als Erbe verpflichtet sein, und der Gläubiger will ihn sich auch nur als Erben verpflichten. Daher ist zu sagen, daß aus einem etwaigen Anerkenntnisse des Erben nur eine Nachlaßverbindlichkeit, nicht aber eine eigene Schuld des Erben begründet wird. Ein Nachlaßgläubiger könnte daher den Erben wegen seiner Forderung nur dann in Anspruch nehmen, wenn in dem Anerkenntnis zugleich ein Verzicht des Erben auf seine beschränkte Erbenhaftung enthalten wäre, wie bereits oben ausgeführt ist. Der Nachlaß haftet ihm dagegen aus dem Anerkenntnis immer, sei es nun, daß dieses die alte Schuld beseitigt hat, oder nur zu ihrer Verstärkung neben sie getreten ist.

---

# Dritter Abschnitt.

## Welche Bedeutung ist der Abrede im Zweifel zuzusprechen?

### § 13.

### A. Stand der Ansichten.

Daß die im ersten Abschnitt angegebenen Möglichkeiten in der Abrede enthalten sein können, ist

in der Literatur und Praxis anerkannt. Streit herrscht aber darüber, welche der möglichen Bedeutungen im Zweifel oder in der Regel anzunehmen ist, wenn nämlich im einzelnen Falle nicht genügend Umstände hervortreten, die auf eine bestimmte Bedeutung hinweisen. Die Meinungen gehen dahin:

Plank, Crome, Klemperer, Welsch und andere sehen in der Abrede im Zweifel ein selbständiges Anerkenntnis. Diese Meinung war im Gemeinen Recht unter dem Einfluß von Bähr's berühmter Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" die herrschende Ansicht. Die genannten Schriftsteller legen besonders Gewicht darauf, daß die Parteien die alte Schuld gerade in ein Darlehn haben umändern wollen. Das Darlehn sei das einzige Rechtsgeschäft, das analog dem selbständigen Schuldanerkenntnis eine streng einseitige Verpflichtung erzeuge. Auf diese Wirkung hätten es aber die Parteien bei der Abrede gerade abgestellt. Sie hätten daher in Wirklichkeit ein selbständiges Schuldanerkenntnis gewollt, dem sie nur versehentlich den Namen Darlehn gegeben hätten.

Demgegenüber vertritt eine zweite Richtung, so das Reichsgericht und zahlreiche Schriftsteller, u. a. Enneccerus, Eccius, Oertmann, Martin die Ansicht, daß die Vereinbarung an sich nicht

ein abstraktes Schuldanerkenntnis enthalte, vielmehr im Einzelfalle die Feststellung eines dahingehenden Willens der Parteien erforderlich sei.[1]) Im übrigen gehen aber die Ansichten dieser Richtung auseinander. Selbst das Reichsgericht ist nicht einheitlicher Ansicht. In der im Recht 1907 Nr. 482 abgedruckten Entscheidung sieht es in der Abrede im Zweifel nur einen Abänderungsvertrag, in der Entscheidung in Band 62, Seite 51, erblickt es dagegen in der Abrede im Zweifel eine Umwandlung der alten Schuld in ein wirkliches Darlehn. Oertmann nimmt als Regel die Schaffung eines wirklichen Darlehns für gewollt an. Eccius, Enneccerus und Martin halten dagegen im Zweifel nur eine Abänderung der alten Schuld für beabsichtigt.[2])

§ 14.

**B. Die zutreffende Ansicht.**

Der Ansicht der zweiten Richtung ist der Vorzug zu geben und zwar erscheint als die im Zweifel

---

[1]) Vgl. Neumann Jahrb., Jahrgang 10, Anm. 194, IV. Reichsgericht i. Jur. W. 1911, S. 151. Reichsgericht im Recht 1906, S. 1078, No. 2493. Reichsgericht im Recht 1907, S. 827, No. 1811. Reichsgericht in Gruchot, Bd. 51, S. 941. Enneccerus, Bd. I, Abt. 2, § 298, B, 2, S. 212. Eccius in Gruchot, Bd. 47, S. 152. Oertmann, Anm. 2b ββ, S. 656. Martin, S. 34.

[2]) Oertmann, Anm. 2b ββ zu § 607, S. 656. Martin, S. 34. Eccius in Gruchot, Bd. 47, S. 212. Enneccerus, Bd. I, Abt. 2, § 298, B. 2, S. 212.

zutreffendere die Ansicht, welche in der Abrede nur eine Abänderung der alten Schuld als gewollt sieht.

Die Ansicht der ersten Meinung würde nur dann zutreffend sein, wenn eine Erklärung von weniger einschneidender Wirkung nicht möglich wäre, oder aber die Erfahrung des Lebens zeigte, daß trotzdem die Parteien in der Regel mit der Abrede ein Schuldanerkenntnis wollten.

Beides trifft jedoch nicht zu. Daß die Parteien außer der Schaffung eines selbständigen Anerkenntnisses noch andere weniger folgenreiche Zwecke mit der Abrede verfolgen können, ist bereits gezeigt. Desgleichen lehrt die Erfahrung des Lebens keineswegs, daß trotzdem die Parteien in der Regel mit der Abrede ein Anerkenntnis bezwecken. Vielmehr das Gegenteil ist der Fall.

Der Schuldner, der aus irgend welchem Grunde nicht zahlen kann, bittet seinen Gläubiger um Stundung. Sind diesem die Verhältnisse seines Schuldners bekannt und hat er Zutrauen zu ihm, so gewährt er ihm die Bitte, da er glaubt, für sein Geld keine Gefahr zu laufen, andernfalls wird er versuchen, sein Geld nur um so schneller zu bekommen. Natürlich will er aber Zinsen haben, auch dem Schuldner nicht ins Ungewisse stunden. Daher vereinbaren beide, daß das Geld als Darlehn geschuldet werde. Denn das Darlehn ist die einfachste Form

für die Kreditgewährung, und diese ist gerade die Absicht der Parteien. Die Wirkungen des Darlehns sind zudem auch Laien bekannt. Sie wissen, „woran sie sind", wenn die Schuld als Darlehn weiter geschuldet wird. Ist der Gläubiger ferner vorsichtig, so läßt er sich vielleicht auch einen Schuldschein ausstellen, um nämlich z. B. für den Fall des Todes einer Partei einen Beweis dafür zu haben, daß die Schuld bei Fälligkeit nicht bezahlt, vielmehr weiter gestundet ist. An die Beseitigung von Einreden des Schuldners, an die Begründung einer selbständigen, von der alten Schuld unabhängigen Verpflichtung denkt keiner von ihnen, auch nicht trotz eines etwaigen Schuldscheines, weil sie eben nach ihren Zwecken und Zielen keinen Anlaß dazu haben, auch insbesondere kein genügendes rechtliches Verständnis für dergleichen besitzen. Denn das sogar jetzt noch selbst bei größeren Kaufleuten die Rechtskenntnis sehr gering ist, kann kaum in Abrede gestellt werden.

Daß der Wille der Parteien bei der Vereinbarung der Abrede in der Regel der eben ausgeführte ist, kommt auch in den §§ 866 ff. Allgemeinen Landrechts zum Ausdruck,[1]) das im allgemeinen ein vorzügliches Verständnis für die Anschauungen und

[1]) Allgemeines Landrecht I, 11.

das Rechtsempfinden des Volkes zu erkennen gibt. Die Paragraphen lauten:

„§ 866: jede rückständige Zahlung muß nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit dazu entstanden ist, beurteilt werden.

§ 867: Es ändert also die Natur des ursprünglichen Geschäfts, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit entstanden ist, noch nicht, wenngleich über die schuldige Summe ein Schuldschein, als über ein Darlehn, ausgestellt worden."

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich auch, daß die Parteien mit der Abrede im Zweifel keine wirkliche Darlehnsschuld haben schaffen wollen.